

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### A. Tinjauan Teoritis Tentang Asas Legalitas

Definisi legalitas menurut kamus besar bahasa Indonesia adalah suatu perihal (keadaan) sah; keabsahan. Legalitas berasal dari kata dasar legal yang memiliki makna sesuatu yang berarti sah atau diperbolehkan, sehingga legalitas memiliki makna bahwa sesuatu yang diperbolehkan atau sesuatu yang menerangkan keadaan diperbolehkan atau sah. Asas legalitas dinamakan juga dengan kekuasaan undang-undang (*de heerschappij van de wet*), istilah asas legalitas dalam hukum pidana (*nullum delictum sine praveia leg poenali*) yang artinya adalah tidak ada hukuman tanpa undang-undang.<sup>4</sup>

Asas legalitas erat kaitannya dengan gagasan demokrasi dan gagasan negara hukum. Gagasan demokrasi menuntut setiap tindakan bentuk undang-undang dan berbagai keputusan mendapatkan persetujuan dari wakil rakyat dan sebanyak mungkin memperhatikan kepentingan rakyat.<sup>5</sup> Gagasan negara hukum menuntut agar penyelenggaraan urusan pemerintahan dan kenegaraan harus didasari undang-undang dan memberikan jaminan terhadap hak-hak dasar rakyat.

Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan dari hak-hak rakyat. Menurut Sjahran Basah, asas legalitas berarti upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara

---

<sup>4</sup>Ridwan HR. 2010. *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Yogyakarta. Penerbit Rajawali Pers. Hlm.96.

<sup>5</sup> *Ibid.*

paham kedaulatan hukum dan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar, yang sifat hakikatnya konstitutif.<sup>6</sup>

Penerapan asas legalitas menurut Indrohartono, akan menunjang berlakunya suatu kepastian hukum dan perlakuan yang sama. Kesamaan perlakuan terjadi karena setiap orang yang berada dalam situasi yang seperti ditentukan dalam ketentuan undang-undang berhak dan memiliki kewajiban untuk berbuat seperti apa yang telah ditentukan didalam undang-undang. Sementara kepastian hukum akan terjadi karena suatu peraturan dapat membuat semua tindakan pemerintah yang akan dilakukan dapat diperkirakan terlebih dahulu, dengan dasar melihat kepada suatu peraturan undang-undang yang berlaku, maka pada dasarnya dapat dilihat atau diharapkan pada apa yang akan dilakukan oleh aparat pemerintahan yang bersangkutan.<sup>7</sup>

Asas legalitas, yakni *nullum delicta nulla poena sine praevia lege* yang dahulu dicetuskan oleh sarjana hukum pidana Jerman bernama von Feurbach (1775 – 1833) yang termuat dalam bukunya *Lehrbuch des peinlichen Recht*.<sup>8</sup>

Pada mulanya hukum Romawi yang diterima di Eropa pada zaman Abad Pertengahan tidak mengenal asas legalitas, namun dikenal adanya kejahatan yang dinamakan *criminal extra ordinaria* (kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang), sehingga memungkinkan para penguasa (raja-raja) untuk berbuat sewenang-wenang. Oleh karena reaksi terhadap kesewenang-wenangan tersebut maka Montesqueiu menyampaikan ide adanya asas legalitas dalam bukunya *L'esprit des Lois* (1748) dan demikian pula Rousseau

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Moeljatno. 1993. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta. Penerbit Rineka Cipta. Hlm.23.

dalam bukunya *Dus Contract Social* (1762). Asas legalitas tersebut untuk pertama kalinya tertuang dalam undang-undang dalam Pasal 8 *Declaration des droits de L'homme et du citoyen* (1789) semacam undang-undang dasar pertama dalam Revolusi Perancis.<sup>9</sup>

Asas legalitas tersebut mengandung tiga pengertian :<sup>10</sup>

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kiyas).
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

Asas legalitas tersebut dalam hukum pidana Indonesia ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Pengertian asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut menurut Moeljatno juga mempunyai arti bahwa perbuatan seseorang harus diadili menurut aturan yang berlaku pada waktu perbuatan itu dilakukan (*lextemporis delictie*). Namun, apabila setelah perbuatan tersebut dilakukan terjadi perubahan dalam perundang-undangan, maka dipergunakan aturan yang paling ringan bagi terdakwa, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, sehingga dengan demikian *lextemporis delictie* tersebut dibatasi oleh Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut.<sup>11</sup>

Dalam perkembangannya, asas legalitas dalam beberapa hal ditafsirkan secara lebih luas. Dalam lapangan hukum pidana, Teguh Prasetyo memberikan

---

<sup>9</sup> *Ibid.* Hlm.24.

<sup>10</sup> *Ibid.* Hlm.25.

<sup>11</sup> *Ibid.* Hlm.31.

gambaran bahwa dalam pertumbuhan internasional menunjukkan bahwa *the principal of legality* (asas legalitas) dapat disisihkan oleh *the principle of justice* (asas keadilan), seperti dalam kasus kejahatan perang, korupsi, terorisme, narkoba yang merupakan hukum khusus.<sup>12</sup>

## **B. Tinjauan Teoritis Tentang Asas *Nonretroaktif***

Asas *nonretroaktif* memiliki makna bahwa tidak dapat berlaku surut. Asas ini sebenarnya sudah ditentukan untuk semua bidang hukum, yaitu pasal 2 dari *Alegemene Bepalingen van Wetgeving* (ketentuan ketentuan umum tentang perundang-undangan) yang dikeluarkan oleh pemerintah belanda dengan *Publicate* (pengumuman) tanggal 30 April 1847 (*Staatsblad* 1847 No.23). Pasal 2 berbunyi : *De wet verbindt allen voor het toekomstige en heeft geen terugwerkende kracht* (undang-undang hanya mengikat untuk masa depan dan tidak berlaku surut).<sup>13</sup>

Asas ini diulangi dalam hukum pidana dan juga dimuat sebagai pasal pertama dalam kodifikasi hukum pidana, yang artinya larangan berlaku surut ini oleh pembentuk undang-undang ditekankan bagi hukum pidana. Disamping pasal 1 ayat (1) KUHP memelopori ketentuan asal peralihan hukum yang penting juga dan yang termuat dalam ayat 2 Pasal 1 tersebut. Ayat tersebut berbunyi :

*“Bij verabderubg ub de wergeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor den verdachtegunstigste bepalingen*

---

<sup>12</sup> Teguh Prasetyo. 2010. *Hukum Pidana*. Jakarta. Penerbit Raja Grafindo Perkasa. Hlm.184.

<sup>13</sup> Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro. 2003. *Asas-Asas HUKUM PIDANA di Indonesia*. Bandung. Penerbit PT. Refika Aditama. Hlm.43.

*toegepast* (apabila ada perubahan dalam perundang-undangan terjadi sesudah suatu tindak pidana diperbuat, maka yang diperlakukan adalah ketentuan-ketentuan dari hukum lama atau hukum baru yang lebih menguntungkan bagi si tersangka”.<sup>14</sup>

Pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan penyimpangan dari larangan berlaku surut dari hukum pidana, sepanjang mengenai hal bahwa hukum yang baru lebih menguntungkan bagi tersangka daripada hukum yang lama, yaitu apabila seorang pelanggar hukum pidana belum diputus perkaranya oleh Hakim dalam putusan yang bersifat final.

### **C. Tinjauan Teoritis Tentang Asas *Transitoir***

Asas *transitoir* terdapat pada ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP yang menyatakan bahwa jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi Terdakwa.<sup>15</sup>

Dalam hukum pidana substansi Pasal 1 ayat (2) di atas lazim dikenal dengan asas *transitoir*, yaitu asas yang menentukan berlakunya suatu aturan hukum pidana dalam hal terjadi atau ada perubahan undang-undang. Dengan asas tersebut pada dasarnya juga membicarakan mengenai diperbolehkannya aturan hukum pidana hasil perubahan untuk diterapkan secara surut, dengan syarat bila hukum pidana hasil perubahan tersebut kalau diterapkan akan lebih menguntungkan bagi Terdakwa dibandingkan bila menerapkan hukum pidana sebelum perubahan.

Apabila setelah perbuatan tersebut dilakukan terjadi perubahan dalam perundang-undangan, maka dipergunakan aturan yang paling ringan bagi

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Lihat ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP.

terdakwa, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, sehingga dengan demikian *lextemporis delictie* tersebut dibatasi oleh Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut.<sup>16</sup>

Andi Hamzah menjelaskan bahwa prinsip peraturan tidak berlaku surut dalam asas legalitas bertujuan untuk melindungi orang dari kesewenang-wenangan penguasa. Kemudian asas bahwa peraturan tidak berlaku surut tersebut dibatasi dengan Pasal 1 ayat (2) KUHP dengan tujuan yang sama, yakni jangan sampai orang dikenakan hukuman berdasarkan peraturan baru yang lebih berat karena terjadinya perubahan peraturan tersebut. Andi Hamzah mengutip van Bemmelen, mengistilahkan terjadinya perubahan hukum pidana tersebut sebagai hukum *transitoir* atau hukum peralihan.<sup>17</sup>

Makna dari hukum *transitoir* yang dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut berdasarkan *Memorie van Toelichting* (Memori Penjelasan *Wetboek van Straftrecht Nederland* (disingkat WvSN) – yang juga berlaku untuk KUHP – adalah semua ketentuan hukum materiil yang secara hukum pidana mempengaruhi penilaian perbuatan. Senada dengan *Memorie van Toelichting* WvSN tersebut, Pompe berpendapat bahwa yang dimaksudkan dengan perubahan perundang-undangan tersebut bukan hanya perundang-undangan pidana, sebab pembuat undang-undang tidak secara khusus menyebut perubahan perundang-undangan pidana dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut. Sebagai contoh, perubahan usia dewasa menurut *Burgerlijk Wetboek* (disingkat BW) tahun 1905, dari umur 23 tahun menjadi 21 tahun

---

<sup>16</sup>Moeljatno. Loc.cit.

<sup>17</sup> Andi Hamzah. 2008. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta. Penerbit Rineka Cipta. Hlm.54-55.

juga mempengaruhi dapatnya dipidana berbagai delik yang mengandung unsur “belum dewasa” sebagai inti dari delik.<sup>18</sup>

Dalam menafsirkan istilah “perundang-undangan” yang berubah (sebagai hukum *transitoir* tersebut) menurut Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut maka terdapat beberapa jenis ajaran atau pendapat para ahli hukum dan dalam praktik peradilannya. P.A.F. Lamintang menyebutkan adanya ajaran perubahan perundang-undangan dalam arti formil dan dalam arti materiil. Perubahan perundang-undangan dalam arti formil berarti bahwa yang berubah adalah undang-undang yang dibentuk oleh Presiden bersama dengan Dewan Perwakilan Rakyat. Van Bemmelen berpendapat bahwa yang dimaksudkan dengan perubahan perundang-undangan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut harus diartikan sebagai undang-undang dalam arti formil.<sup>19</sup>

Ahli hukum seperti Pompe, Hattum dan Hamel berpendapat bahwa perkataan perundang-undangan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP adalah undang-undang dalam arti materiil, bukan dalam arti formil. Menurut paham materiil, perubahan perundang-undangan yang dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP selain perubahan undang-undang juga perubahan dalam perundang-undangan lain selain undang-undang yang telah menyebabkan suatu ketentuan pidana yang pada hakikatnya secara tekstual tidak berubah, tetapi menjadi mempunyai pengetahuan lain.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibid.* Hlm.55.

<sup>19</sup> P.A.F. Lamintang. 1997. *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung. Penerbit Citra Aditya Bakti. Hlm.160.

<sup>20</sup> *Ibid.* Hlm.161.

Paham materiil ini masih dibagi menjadi paham materiil terbatas dan materiil tidak terbatas. Menurut paham materiil terbatas, perubahan perundang-undangan yang dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tersebut bukanlah setiap perubahan (tidak semua perubahan), melainkan perubahan yang telah terjadi karena adanya keyakinan hukum (*rechtsovertuiging*), dan bukan karena keadaan-keadaan yang berubah. Sebagai contoh, terdapat perundang-undangan yang berlaku untuk sementara yang pasal-pasal nya menentukan waktu dan perundang-undangan yang disesuaikan dengan keadaan-keadaan yang berubah. Menurut Andi Hamzah terdapat putusan-putusan yang mengatakan bahwa peraturan yang bersifat sementara jika dihapus tidak merupakan perubahan perundang-undangan menurut Pasal 1 ayat (2) KUHP. Ajaran materiil terbatas ini dikenalkan oleh van Geuns.<sup>21</sup>

Sebaliknya menurut paham materiil tidak terbatas, yang dimaksudkan dengan perubahan perundang-undangan menurut Pasal 1 ayat (2) KUHP adalah perubahan yang terjadi pada semua undang-undang dalam arti materiil yang mempunyai pengaruh terhadap suatu ketentuan pidana. Paham materiil tak terbatas ini dianut oleh Pompe dan Hattum.<sup>22</sup>

Dalam praktiknya, Hoge Raad dalam putusannya pernah menerapkan ajaran materiil tak terbatas dalam kasus Calo Wanita dari Venlo yang diadili karena malacurkan seorang wanita yang belum dewasa (berumur di bawah 23 tahun). Tetapi karena ada perubahan usia dewasa menurut BW, setelah

---

<sup>21</sup> Andi Hamzah. Op.cit. Hlm.57.

<sup>22</sup> P.A.F. Lamintang. Op.cit. Hlm.161-162.



perbuatan itu dilakukan, yakni usia dewasa diubah menjadi 21 tahun, maka wanita calo pelacuran itu dibebaskan dari tuntutan sebab perbuatan itu terjadi kemudian terjadi perubahan usia dewasa menurut BW saat perkara itu disidangkan.<sup>23</sup>

Jika ketentuan perundang-undangan yang berubah merupakan ketentuan dalam KUHP, maka perubahan tersebut termasuk dalam perubahan perundang-undangan dalam arti formil, yakni perubahan KUHP sebagai undang-undang yang berlaku pada mulanya berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana yang selanjutnya diberlakukan di seluruh Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

#### **D. Tinjauan Yuridis Tentang Putusan Mahkamah Konstitusi Sebagai Faktor Perubahan Undang-Undang**

Perubahan undang-undang dalam arti formil ini bukan saja akibat amandemen yang dilakukan oleh lembaga pembentuk undang-undang, yakni DPR bersama dengan Presiden, tetapi perubahan tersebut dapat terjadi akibat putusan MK yang bersifat mengeliminasi suatu ketentuan ataupun putusannya yang bersifat mengubah atau memastikan tafsir dari ketentuan undang-undang.

---

<sup>23</sup> Andi Hamzah. Op.cit. Hlm.56.

Jimmy Asshiddiqie mengistilahkan MK sebagai *court of law* yang berbeda dengan MA sebagai *court of justice*.<sup>24</sup>

Meskipun dalam hal tersebut pendapat Jimmy Asshiddiqie tersebut tidak sepenuhnya benar, sebab MA juga dapat menjadi *court of law* ketika menjalankan kewenangannya untuk melakukan uji materiil terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, sebagaimana kewenangan tersebut diberikan oleh undang-undang, di antaranya menurut Pasal 20 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi yang putusannya dapat menjadi faktor perubahan undang-undang dapat ditafsirkan dari ketentuan Pasal 24C UUD 1945 yang menentukan :

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi tersebut biasa disebut bahwa

Mahkamah Konstitusi merupakan *negative legislator*.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Jimmy Asshiddiqie. 2011. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta. Penerbit Sinar Grafika. Hlm.199.

<sup>25</sup> Mukti Fadjar. Kuliah *Reguler Mahasiswa Baru Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH)* tanggal 3 Agustus 2010. Dikutip dari <https://prasetya.ub.ac.id/berita/Prof-Dr-Mukti-Fadjar-MK-Sebagai-Negative-Legislator-821-id.pdf>. Diakses tanggal 26 Februari 2018.

## **E. Tinjauan Yuridis Tentang Pasal 335 KUHP**

Pasal 335 ayat (1) ke-1 KUHP menentukan :

Diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun atau denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah: barang siapa secara melawan hukum memaksa orang lain supaya melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, dengan memakai kekerasan, sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan, atau dengan memakai ancaman kekerasan, sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan, baik terhadap orang itu sendiri maupun orang lain.

Terhadap ketentuan pasal tersebut R. Soesilo menjelaskan :

Yang harus dibuktikan dalam pasal ini adalah :

1. Bahwa ada orang yang dengan melawan hak dipaksa untuk melakukan sesuatu, tidak melakukan sesuatu atau membiarkan sesuatu;
2. Paksaan itu dilakukan dengan memakai kekerasan, suatu perbuatan lain atau suatu perbuatan yang tidak menyenangkan, ataupun ancaman kekerasan, ancaman perbuatan lain, atau ancaman perbuatan yang tidak menyenangkan, baik terhadap orang itu, maupun terhadap orang lain.

Ketentuan Pasal 335 ayat (1) ke-1 KUHP tersebut menjadi berubah dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi tanggal 16 Januari 2014 No. 1/PUU-XI/2013 yang menyatakan bahwa frase atau unsur “Sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan” dalam Pasal 335 ayat (1) butir 1 KUHP dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Dalam pertimbangan putusannya Mahkamah Konstitusi menyatakan :

“Menimbang bahwa terhadap isu konstitusional tersebut, menurut Mahkamah sebagai suatu rumusan delik, kualifikasi, “Sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan” tidak dapat diukur secara objektif. Seandainya pun dapat diukur maka ukuran tersebut sangatlah subjektif dan hanya berdasarkan atas penilaian korban, para penyidik, dan penuntut umum semata. Selain itu, hal tidak menyenangkan tersebut secara umum merupakan dampak dari semua tindak pidana. Setiap tindak pidana jelas tidak menyenangkan dan tidak ada dampak tindak pidana yang menyenangkan. Dengan demikian, hal tersebut bukan merupakan sesuatu yang dapat membedakan secara tegas (*distinctive*) dari tindak pidana yang lain”.

Dengan demikian terhitung sejak tanggal 16 Januari 2014 maka Pasal 335

ayat (1) ke-1 KUHP menjadi sebagai berikut :

Diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun atau denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah: barang siapa secara melawan hukum memaksa orang lain supaya melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, dengan memakai kekerasan, atau dengan memakai ancaman kekerasan, baik terhadap orang itu sendiri maupun orang lain.